Das kaufmännische Retentionsrecht

nach dem

Deutschen Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Juristenfakultät

der

kgl. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Joseph Wackerbauer.

Straubing 1891.
Cl. Attenkofer'sche Buchdruckerei.

Das kaufmännische Retentionsrecht

nach dem

Deutschen Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Juristenfakultät

der

kgl. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Joseph Wackerbauer.

Straubing 1891.
Cl. Attenkofer'sche Buchdruckerei.

Seinen lieben Eltern

in größter Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0221

Von den in der folgenden Abhandlung benützten Vorarbeiten sind hervorzuheben:

Goldschmidt „Handbuch des Handelsrechts." I. Bd. 2 Abteilung § 93—96; 98:

Thoel „Das Handelsrecht" I. Bd. 2. Abt. § 233.

Endemann „Das deutsche Handelsrecht" § 99 S. 497 ff.

Laband in seiner und **Goldschmidt's** Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. IX S. 482 ff.

Wolff, in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allg. Deutschen Handelsrechts. Bd. III S. 256.

Gad „Handbuch des allg. Deutschen. Handelsrechts" I. Teil (das engere Handelsrecht) § 103.

Kommentare zum Handelsgesetzbuch von: Hahn, Buchelt Makower, Anschütz und Völderndorf.

Das kaufmännische Retentionsrecht

nach dem

deutschen Handelsgesetzbuche.

Einleitung.

Die Natur des Handelsverkehrs bringt es mit sich, daß der Kreditgeber bei den häufigen und meist unvorausseh baren Schwankungen in den Vermögensverhältnissen des kaufmännischen Schuldners außer der persönlichen Klage überall da, wo volles Vertrauen fehlt, anderweitige Sicherung sucht. Diese Kreditsicherung kann bestehen teils in der persönlichen Intercession Dritter im internationalen Handelsverkehre meist in wechselmäßiger Form sich vollziehend, teils in Deckung.

Zur Deckung dienen, von zahlreichen den gleichen Zweck nur sekundär verfolgenden Vereinbarungen, wie Deposition, Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs und dgl. abgesehen, die Kompensation, das Pfandrecht und das Retentionsrecht.

Dieses letztere darzustellen, vor allem mit Rücksicht auf den Handelsverkehr, soll hier versucht werden.

Der Grundgedanke, auf dem das kaufmännische Retentionsrecht fußt ist derselbe wie der des römischen Rechts, nemlich die aequitas.

Würde es ja doch im Widerstreit mit allem Rechtsgefühl stehen, denjenigen zur Herausgabe einer körperlichen Sache oder zu einer anderen vermögensrechtlichen Leistung zu zwingen, dem seinerseits gegen den diese Leistung Fordernden ein vermögensrechtlicher Anspruch zusteht.

In dieser Beziehung hat das Retentionsrecht große Ähnlichkeit mit einem anderen Rechtsinstitut, der Kompensation, wenn sie auch beide juristisch anders konstruirt werden.

Die Verschiedenheit besteht darin, daß das Retentionsrecht nur zur zeitweiligen Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung berechtigt, während die Kompensation das Recht gibt, dieselbe immer zurückzubehalten und außerdem noch die Möglichkeit gewährt, die Forderung bis zum schuldigen Betrag mittels Aufrechnung zu tilgen.

Hieraus erhellt der Einfluß der Kompensation auf die Existenz der Forderung, welcher beim Retentionsrechte nicht wahrzunehmen ist. Denn dieses hebt die Forderung des Retinenten keineswegs auf, sondern gibt nur die Möglichkeit den Anspruch des Retentionsgegners sei es durch vorausgängige, sei es durch gleichzeitige Leistung desselben an den Retinenten zu erzwingen.

Würde er seine Forderung geltend machen, ohne seinerseits zu erfüllen, so würde er als in mala fide versierend erscheinen und seiner Klage würde die exceptio doli entgegengesetzt werden können.

Dieser Grundgedanke der aequitas, wie er im gemeinrechtlichen bürgerlichen Retentionsrecht sich ausgeprägt findet, genügte dem Verkehr, insonderheit dem Handelsverkehr, der sich schon frühzeitig dieses Instituts bemächtigt hatte, keineswegs, und er ging deshalb weiter, in dem Bewußtsein, daß neben der Kompensation und dem Pfandrechte auch die Retention zur Sicherung des im kaufmännischen Verkehr notwendig zu gewährenden Kredits, sich vorzüglich eigne.

Wesentlich trug dazu bei, daß man sich allmählig klar wurde, daß das in der Hand des Gläubigers befindliche Vermögensstück des Schuldners Sicherheit und Garantie für die Befriedigung des Gläubigers bilde, sowie auch die Erweiterung, die das gemeinrechtliche Retentionsrecht dadurch erfuhr, daß man absah von dem Erfordernis der Konnexität der beiden Forderungen.

All dieses zusammen machte das Retentionsrecht geeignet, den Kredit zu sichern und das Geben und Nehmen von Kredit zu erleichtern.

Dazu kam, daß nach kaufmännischer Auffassung das Handelsgut unabhängig von den Eigenschaften, nach welchen seine Brauchbarkeit sich richtet, als Mittel zum Erwerb, als Wertobjekt in Betracht kommt und dem Kaufmann als Geldeswert erscheint.

Der Umsatz vollzieht sich hier, ohne daß es auf den Markt gebracht wird sogleich in seiner Rechnung. Für sein Rechtsgefühl ist es also gleichgiltig, ob er fremdes Geld oder fremdes Handelsgut in Händen hat. In seiner Anschauung steht Kredit gegen Kredit, wird die fremde Sache, sobald ihre Aufgabe gelöst ist, zur Deckung für das fremde Soll.

Es wurde also nach Abschwächung resp. Beseitigung des Unterschiedes zwischen Waare und Geld, der negativen Befugnis des Retinenten, nemlich die Herausgabe zu verweigern, eine positive hinzugefügt, darin bestehend, die Retentionsobjekte durch Veräußerung in Geld zu verwandeln und sich sodann durch Kompensation Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen.

Aus dem Angeführten geht nun hervor, daß das Retentionsrecht in seiner entwickelten Gestalt, bei den vielen Berührungspunkten mit der

verwandten, aber anders konstruirten Kompensation, zu demselben Endresultat führt.

Das H.-G.-B. handelt in Art. 313—316 vom Zurückbehaltungs- oder Retentionsrecht, nachdem es vorher in Art. 309—312 das Faustpfand geregelt.

Sieht man ab von den verschiedenen Voraussetzungen, welche Faustpfand und Retention bedingen, sieht man insbesondere davon ab, daß die Art. 309—312 sich auf ein vertragsmäßig bestelltes, die Art. 313—316 sich auf ein gesetzlich begründetes Recht beziehen, so findet man doch schon durch diese zweifache Bezeichnung, zwei sowohl dem Inhalt als auch der Wirkung nach verschiedene Rechte angedeutet.

Für die Erforschung des wahren Charakters des Zurückbehaltungsrechtes, der Art. 313 ff. H.-G.-B. das wesentlich verschieden von dem Retentionsrechte des allgemeinen Civilrechtes, sich auch in seinen Wirkungen mehr dem Pfandrechte als dem Retentionsrechte zu nähern scheint, sind, teils die Entstehungsgeschichte, teils die einzelnen Anordnungen der Art. 313 ff. von wesentlicher Bedeutung.

Was die Entstehung der Art. 313—316 anlangt, so ist der Ausgangspunkt zu suchen im Code civil Art. 2082 Abs. 2 welcher dem Pfandgläubiger am Pfandobjekte ein Retentionsrecht wegen aller nach der Pfandbestellung contrahierten und vor der Bezahlung der Pfandschuld fällig gewordenen Forderungen gibt.

Hieran knüpft der preußische Entwurf an und zwar in Art. 233. Dieser lautet: „Das kaufmännische Faustpfand haftet auch für alle Forderungen aus Handelsgeschäften, welche nach der Bestellung des Pfandes und vor der Tilgung der Forderung, wofür es bestellt ist, entstehen."

Durch diesen Artikel wurde einerseits das gemeine Recht erweitert, indem er das Retentionsrecht zu einem wirklichen Pfandrechte verstärkte, andrerseits wiederum beschränkt, indem dieses Pfandrecht nur für Forderungen, welche aus einer gewissen Zeit herrührten, konstituirt wurde.

Das Retentionsrecht sollte nur in dem Falle gegeben werden, wenn ein Faustpfand vertragsmäßig bestellt worden war.

In erster Lesung wurde beantragt an Stelle dieses Artikels „Bestimmungen anzunehmen, wie sie dem § 50 des revidierten österreichischen Entwurfs entsprächen." — (Protok. S. 454 ff.)

Dieser § 50 des österreichischen Entwurfs, welcher an ältere partikuläre Wechsel- und Falliten-Ordnungen, insbesondere an das österreichische Wechselpatent vom 1. X. 1763 Art. 43. 44 und die damit übereinstimmende Wiener Wechselordnung von 1717 anknüpfte, lautete:

„Protokollierten Handelsleuten kommt für alle ihnen aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen auf Waaren und anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners, welches durch Handelsaufträge oder

auf andere rechtmäßige Weise in ihre Innehabung gekommen ist, das gesetzliche Pfandrecht zu, daraus, unbeschadet früherer Ansprüche dritter Personen vorzugsweise ihre Befriedigung zu erlangen, anderen Gläubigern kann darauf nur in Ansehung des Restes, welcher nach Berichtigung dieser Handelsforderungen erübrigt, mit Wirksamkeit Verbot oder Exekution erteilt werden."

In der 52. Sitzung (Protok. S. 457—470) wurde auf das Gefährliche des in diesem § 50 sich ausdrückenden Prinzips hingewiesen und eine lange Diskussion über diesen Artikel geführt, namentlich in Betreff der Punkte, für welche Art von Forderungen dem Gläubiger ein Pfandrecht an den in seinem Besitze befindlichen Vermögensstücken des Schuldners erwachsen könne, insbesondere ob auch für durch Cession an ihn gelangte Forderungen, ferner auf welche Art, durch welche ausdrückliche und stillschweigende Vereinbarungen zwischen den Contrahenten die Entstehung dieses Pfandrechtes beseitigt werden könnte, ob das Pfandrecht nur für fällige oder auch für nicht fällige Forderungen wirksam sein könne, welchen Einfluß der Konkurs des Schuldners darauf habe u. s. w.

Das Endresultat dieser Diskussion war, daß auf Grund der Beschlüsse erster Lesung der bezügliche Artikel von der Redaktionskommission folgendermassen formuliert wurde:

Art. 262.

„Ein Kaufmann hat wegen seiner aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht auf alle beweglichen Vermögensstücke des Schuldners, welche mit dessen Wissen und Willen in seinen Besitz (Innehabung) gekommen sind und sich noch in seinem Gewahrsam befinden, insoferne nicht die Parteien über das Gegenteil ausdrücklich oder stillschweigend überein gekommen sind."

Es ist bis jetzt (Protok. S. 454 ff. Entwurf 1. Lesung Art. 262, Protok. S. 1339 ff.) immer nur von dem gesetzlichen Pfandrechte der Kaufleute die Rede. Erst im Laufe der Beratungen (2. Lesung, Protok. S. 1348, 1349) wurde hervorgehoben:

„In formeller Hinsicht sei noch zu bemerken, es erscheint zunächst die Einräumung eines Retentionsrechtes genügend. — Die Einräumung eines eigentlichen Pfandrechtes sei bedenklich, weil letzteres nach den verschiedenen Rechten verschiedene Wirkungen haben, also die Rechtsungleichheit mehren und auch gegen Dritte weiter gehen würde, als notwendig und räthlich sei."

Protok. S. 1349 a. E. wird sodann das eingeräumte Recht „ein Retentionsrecht mit gewissen Wirkungen des Pfandrechts" genannt und S. 1352 wird registrirt:

„Bei der Abstimmung ergab sich kein Bedenken darüber, daß dem Kaufmann statt eines Pfandrechtes nur ein Retentionsrecht . . . eingeräumt werden solle."

In der 161. Sitzung (Protok. S. 1346—1357) wurden zum Teil dieselben Bedenken wie früher erhoben und von verschiedenen Seiten auf eine genauere und schärfere Präzisirung dieses Artikel gedrungen, ja sogar Streichung desselben von Dr. v Hahn, einem hervorragenden Mitgliede der Konferenz, beantragt.

Allein trotz der mannigfachen hier geltend gemachten Gründe drang doch die Meinung, welche die Bestimmung des Art. 262 als der allgemeinen kaufmännischen Ansicht entsprechend hinstellte, durch, wornach dem Kaufmanne das Recht zustehe, mit Rücksicht auf die in seinem Besitze befindliche Waare zur Deckung zu verwenden.

Nachdem hierauf noch verschiedene Vorschläge zur Wahrung der Interessen des Schuldners gemacht worden, wurde endlich Art. 262 folgendermaßen formuliert: (Protok. S. 1356)

„Ein Kaufmann hat wegen seiner aus Handelsgeschäften entspringenden, fälligen Forderungen ein Retentionsrecht an allen beweglichen Sachen und allen Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund eines Handelsgeschäftes in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere mittelst der Konossemente, Lagerscheine oder Ladescheine in der Lage ist, über dieselben zu verfügen.

Dieses Retentionsrecht fällt weg, wenn die Retention der von ihm vor oder nach Empfang der Gegenstände übernommene Verpflichtung, in einer speziell vorgeschriebenen Weise mit denselben zu verfahren, widerstreiten würde.

Sind jedoch nach übernommener Verpflichtung Umstände eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden, welche seine Befriedigung als unwahrscheinlich herausstellen, so besteht das Retentionsrecht in diesem Falle auch wegen der nicht fälligen Forderungen. In diesem Falle, sowie im Falle des Konkurses des Schuldners hat der Gläubiger die Rechte eines Faustpfandgläubigers.

Die erwähnten Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien hierüber ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen sind."

In dieser Fassung wurde der Artikel auch angenommen, nur wurde Absatz 4 gestrichen und anstatt desselben dem Retinenten bei Ausübung seines Rechtes die Anzeigepflicht gegenüber dem Schuldner auferlegt.

Nun erlitten die gefaßten Beschlüße keine wesentlich prinzipielle Änderung mehr; in der 581. Sitzung wurden zwar einige unwesentliche Veränderungen beantragt, jedoch abgelehnt.

Endlich fand es die Redaktionskommission angezeigt, den Art. 294 in gleichlautende Fassung mit den jetzigen Art. 313—316 zu bringen und denselben in 4 besondere Artikel zu zerlegen.

Rechtliche Natur des Retentionsrechtes.

§ 2.

Darin, daß das Handelsgesetzbuch keine Definition des Retentionsrechtes enthält, daß es nur Voraussetzungen, Inhalt und Art der Ausübung des Retentionsrechtes feststellt, daß es ferner den rechtlichen Charakter des von ihm geregelten Instituts mit keinem Worte berührt, abgesehen davon, daß es der Bezeichnung „Zurückbehaltungsrecht" den terminus technicus des zivilrechtlichen Instituts „Retentionsrecht" parenthetisch beifügt; darin und in der Eigenthümlichkeit seines Inhaltes liegt die Schwierigkeit, das kaufmännische Retentionsrecht rechtlich in ein System zu bringen.

Goldschmidt sagt in seinem Handbuch des Handelsrechts Bd. I 2. Abteilung S. 1031: Das kaufmännische Retentionsrecht ist ein eigentümliches Rechtsinstitut. Und zwar seinem überwiegenden Charakter nach, weil es das Recht der Befriedigung aus fremden Sachen zum Zwecke der Sicherung von Forderungen gewährt, ein gesetzliches Pfandrecht, aber in vielen Beziehungen mit den schwächeren Wirkungen eines Retentionsrechtes, in einzelnen Beziehungen nach Art eines Arrest- in anderen nach Art eines Compensationsrechtes gestaltet.

Ähnlich charakterisieren Anschütz und Völderndorf das kaufmännische Retentionsrecht als ein zwischen dem zivilrechtlichen Retentionsrechte und dem reinen Pfandrechte stehendes pfandmäßiges Recht, als ein Zurückbehaltungsrecht mit gewissen Wirkungen des Pfandrechtes.

Wolff in Busch's „Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts" Bd. III S. 256 ff. sagt, nachdem er darauf hingewiesen, daß man bei Erweiterung und Ausbauung eines bereits bestehenden Rechtsinstituts doch zu allererst darauf bedacht sein müsse, nicht mit dessen innersten Grundprincipien in Widerspruch zu treten:

„Diesen großen Fundamentalsatz einer jeden gesunden Rechtsausbildung hat man bei den vorliegenden Bestimmungen über das Retentionsrecht in ganz auffälliger Weise vernachlässigt. Namentlich durch den Art. 315 hat man dasselbe seiner eigentlichen Sphäre entrückt und dadurch ein Zwitterding geschaffen, welches sich in das bestehende Rechtssystem nicht naturgemäs einfügen will, was um so bedeutungsvoller ist, als, sobald es sich darum handelt, die mageren und dürftigen Anleitungen, welche das Handelsgesetzbuch gewährt, weiter zu entwickeln und so mit Hilfe der Rechtsanalogie eine breitere Basis für die Benutzung der

Prozeßpraxis zu gewinnen, die größten Zweifel sich darüber erheben werden, auf welchen Grund dieser weitere Ausbau sich zu stützen habe."

In der weiteren Ausführung erörtert er die Ansichten verschiedener Juristen und gelangt endlich zu dem Resultat, daß das in Art. 313—316 des Handelsgesetzbuches geregelte Institut ein Retentionsrecht nicht genannt werden könne, denn dadurch, daß es für das Retentionsrecht eine Klage gewährt, hat es dessen innerste Natur zerstört, ihm den Boden unter den Füssen weggezogen und es bleibt trotz des Inhaltes der Protokolle Seite 1348 und 1352 nichts anderes übrig, als zu gestehen, daß das sog. kaufmännische Retentionsrecht nicht länger mehr als dasjenige Rechtsinstitut, welches das gemeine Recht unter dem Namen Retentionsrecht begreift, gelten kann, sich vielmehr lediglich als eine besondere Art des Pfandrechts, wenn auch von eingeschränkterem Umfang und Wirkung darstellt.

Laband äußert in der „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht" von Goldschmidt Bd. IX S. 484 seine Ansicht über die rechtliche Natur des Retentionsrechts wie folgt:

„Die Frage, ob das in Art. 313 ff. normierte Recht als Pfandrecht oder als Retentionsrecht bezeichnet werden soll, wurde als formelle d. h. redaktionelle betrachtet; der Unterschied wurde nicht als ein prinzipieller aufgefaßt, Voraussetzungen, Wirkungen, Umfang und Geltendmachung des Rechtes wurden an und für sich festgestellt und als Hauptgrund für die Abänderung der ursprünglichen Bezeichnung wurde die Verschiedenheit der Particularrechte in Betreff der Wirkungen des Pfandrechts geltend gemacht.

Es wurde also das Vorzugsrecht als ein zwischen dem wirklichen Pfandrechte und dem gewöhnlichen Retentionsrechte mitten innen stehendes Recht aufgefaßt, es sollte dem eigentlichen Faustpfandrechte nicht gleichgestellt werden, den gemeinrechtlichen Regeln vom Retentionsrechte aber auch nur insoweit unterliegen als nicht die Anordnungen des Handelsgesetzbuches selbst Abweichungen begründen. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erscheint demnach als ein qualificiertes Retentionsrecht, welches sich einerseits vom kaufmännischen Faustpfand, andrerseits vom bürgerlichen Retentionsrechte unterscheidet."

Auch ein dingliches Recht, führt Laband weiter aus, könne es nicht genannt werden, da es dem Gläubiger ein Befriedigungsmittel gewähre, nemlich sich aus den retinierten Objekten auf dem im Gesetze vorgeschriebenen Wege bezahlt zu machen, insoferne er in den zurückbehaltenen Gegenständen ein Exekutionsobjekt für seine Forderungen habe. Hahn in seinem, „Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche" Bd. 2 S. 170. 171 faßt das kaufmännische Retentionsrecht als ein persönliches Recht auf, welches durch das richterliche, den Verkauf anordnende Urteil in ein dingliches, nemlich in ein richterliches Pfandrecht

verstärkt werde. Das neue Institut sagt er, stehe in der Mitte zwischen dem römischen Retentionsrechte und der Kompensation, habe mit diesen beiden Instituten den Grundgedanken gemeinsam, insoferne es, wie diese eine besondere Formulierung der exceptio doli enthalte.

Die Praxis, welche in den Entscheidungen des R.O.H.G. ihren Ausdruck findet, lehnt sich im wesentlichen an die Ansicht Goldschmidts an.

So charakterisiert sie in einem Erk. vom 2. III. 1871 (Entsch. II. S. 77) das kaufmännische Retentionsrecht als ein gesetzliches Pfandrecht, welches in einzelnen Wirkungen nach Art eines gemeinen Retentionsrechtes abgeschwächt, in anderen ähnlich einem Kompensationsrechte ausgerüstet sei."

In einem Erk. v. 19. III. 1871 (Entsch. V S. 307) u. v. 9. V. 1873 (Entsch. X S. 74) als ein in der Rechtsverfolgung beschränktes gesetzliches Pfandrecht, welches die Befugnis zur Befriedigung vor allen anderen Gläubigern des Eigenthümers gewähre.

Sodann in einem Erkenntnis v. 19. III. 1871 (Entsch. V S. 304) als ein „wahres gesetzliches Pfandrecht" aber freilich als „ein unvollkommenes, nicht durch dingliche, sondern lediglich durch Besitz-Contrakts- und Deliktsklagen geschütztes Pfandrecht" und als ein nicht auf jeden Besitzer übergehendes. —

Endlich in einem Erk. v. 17. VI. 1871 (Entsch. II S. 383) und vom 26. XI. 1874 (Entsch. XV S. 99) als ein Sicherungsmittel und nach Art. 315 als eventuelles Deckungsmittel, aber nicht als ein Mittel, den Gegner zu einer Leistung zu nöthigen.

So verschiedenartig nun diese einzelnen Theorien über die rechtl. Natur des kaufmännischen Retentionsrechtes auf den ersten Blick erscheinen, so gipfeln sie doch alle in dem einen Punkte, daß dasselbe ein zur Sicherung einer Forderung dienendes, mit pfandmäßiger Wirkung ausgestattetes Rechtsinstitut sei, ganz gleichgiltig ob es nach den verschiedenen Auffassungen dem zivilrechtl. Retentionsrechte oder dem Kompensationsrechte oder dem Pfandrechte am nächsten komme. Der Umstand endlich daß Bedingung, Inhalt und Ausübung des Rechtes vom Gesetze bestimmt geregelt sind, legt auch der prinzipiellen Abweichung derjenigen, welche das Recht im Laufe der Ausübung zu einem Dinglichen werden lassen, nur doktrinelle Bedeutung bei.

Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechtes.

§ 3.

Eines der Haupterfordernisse des bürgerlichen Retentionsrechtes ist die Connexität der Forderung mit dem retinierten Objekte.

Allein frägt man sich, was ist Connexität? so gibt das bürgerliche

Recht darauf keine bestimmte Antwort, denn der Begriff der Connexität ist ungewiß und äußerst zweifelhaft, findet sich auch im corpus juris nirgends definiert und ist nur aus den einzelnen Beispielen, in denen das Recht zur Retention anerkannt ist, abzuleiten.

Je nachdem man nun die aus diesen Beispielen abstrahierten Connexitätskategorien weiter oder enger faßt, wird auch ein weiteres oder engeres Anwendungsgebiet der Retention gewonnen.

Um den Zweck der Retention, nämlich Sicherung des Kredits und damit Förderung des Verkehrs zu erreichen, war es unthunlich, das Retentionsrecht an den schwankenden Begriff der Connexität zu knüpfen, es mußten an seiner Stelle klare und bestimmte thatsächliche Momente, auch dem Laien deutlich erkennbar aufgeführt werden, bei deren Vorhandensein das Retentionsrecht begründet sein soll.

Art. 313 des Handelsgesetzbuches zählt zwar unter den Voraussetzungen des Retentionsrechtes die Connexität der Forderung mit dem Retentionsobjekte nicht auf, ohne jedoch die Connexität selbst beseitigen zu wollen.

In Wahrheit wird nämlich durch den Geschäftsverkehr zwischen Kaufmann und Kaufmann, jedenfalls bei dauernder Geschäftsverbindung und ganz besonders durch den Contokorrentverkehr, eine besondere Art der Connexität begründet. Die zwischen ihnen geschlossenen Geschäfte sind miteinander konnex, demgemäß auch die beiderseitigen Ansprüche aus denselben, und die in Händen habende oder erwartete Deckung ist es, welche als Grundlage der neuen Kreditierung erscheint.

Das Handelsgesetzbuch stellt daher für das kaufmännische Retentionsrecht keine andere Voraussetzungen auf, als sie das bürgerliche Recht für das Retentionsrecht überhaupt erfordert, allein es verlangt noch einen gewissen Zusammenhang dieser Voraussetzungen mit den Geschäftsbeziehungen des Gläubigers und Schuldners, wodurch sich dann die Connexität zwischen Forderung und Retentionsobjekt herausstellt.

Diese allgemeinen Voraussetzungen des Retentionsrechtes, welche in folgendem ihre Darstellung finden sollen, betreffen die Subjekte, die Objekte, den Besitz und die Forderungen.

Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners.

I. Subjekte.

§ 4.

Das Retentionsrecht kann nur ausgeübt werden von einem Kaufmann gegen einen Kaufmann.

Nach dem revid. österr. Entw. § 50 und dessen Vorbild, die

österreichische Wechselordnung von 1763, sowie nach den Beschlüssen erster Lesung Prot. S. 458 I. Nürnb. Entw. Art. 262 war nur Kaufmannseigenschaft in der Person des Retinenten verlangt und dem kaufmännischen Gläubiger auch gegen den Nichtkaufmann das Deckungsrecht gewährt, in zweiter Lesung wurde die Beschränkung mit 9 gegen 6 Stimmen beschlossen, weil sonst der Nichtkaufmann gegen den Kaufmann zu sehr benachtheiligt und der Kaufmann im Konkurse von Nichtkaufleuten ganz unbegründet bevorzugt werde.

Was nun den Begriff „Kaufmann" betrifft, so bestimmt sich dieser nach Art. 4 ff. sodann Art. 271. 272 des Handelsgesetzbuches und den dasselbe ergänzenden Reichsgesetzen vom 4. VII. 1868 und vom 11. VI. 1870.

Nach § 11 des R.G. vom 4. VII 1868 sind die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften im Zweifel, nach dem R.G. vom 11. VI 1870 die Handelsgesellschaften, namentlich die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, selbst wenn der Gegenstand ihres Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, unbedingt als Kaufleute im Sinne des H.G.B. anzusehen.

Außerdem sind auch die Bestimmungen der Landeseinführungsgesetze maßgebend, nach welchen der Begriff „Kaufmann" erweitert und auf Personen und Erwerbsgesellschaften ausgedehnt worden ist, welche nach dem Handelsgesetzbuch nicht darunter fallen.

II. Objekte.

§ 5.

Geeignete Objekte des Retentionsrechtes sind „alle beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners".

Es sind damit nicht nur alle Immobilien ausgeschlossen, da diese überhaupt nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sind, sondern auch Rechte des Schuldners, soweit diese nicht durch ihre Verbindung mit Papieren, unter den Begriff der Wertpapiere fallen. Der Umstand, daß solche Dokumente nicht wohl Gegenstand des Verkaufs sein können, hindert nicht, daß sie Gegenstand der Retention sind.

Auch ist an Forderungen und Leistungen (Schulden) von Geld und anderen Quantitäten (Summen) wohl das bürgerliche Retentionsrecht oder eine exceptio non adimpleti contractus zulässig, wenn auch nicht das kaufmännische Retentionsrecht der Art. 313 ff.

Sodann steht dem Gläubiger das Retentionsrecht auch nicht zu wegen Sachen, welche ihm gehören, welche er aber dem Schuldner vertragsmäßig zu übergeben verpflichtet ist.

Zu den in diesem Artikel gedachten beweglichen Sachen gehören körperliche Sachen jeglicher Art, ja sogar Teile einer im Besitz des Gläubigers befindlichen, dem Schuldner vielleicht nur theilweise gehörigen Sache, und

zu den Wertpapieren: Obligationen, Aktien, Schuldscheine, Wechsel, Banknoten, Anweisungen, sodann Hypothekeninstrumente und Grundschuldbriefe, ebenso Lebensversicherungspolizen, endlich Waarendispositionspapiere, wie Connossemente, Lager- und Ladescheine, Namens-Ordre und Inhaberpapiere ohne Unterschied, ob diese Retentionsobjekte um den Gläubiger zu befriedigen und Compensation zu ermöglichen noch der Veräußerung bedürfen oder nicht; ob ihre Veräußerung möglich bezw. zulässig ist oder nicht, (man denke hiebei an verbotene Schriften, § 23 des Reichspreßgesetzes vom 7. V 1874) sodann ob sie einen selbständigen ökonomischen Wert haben oder nicht.

So können deshalb auch Beweis- und Legitimationsurkunden, wie Lebensversicherungspolizen, Schuldscheine ꝛc. retinirt werden ohne daß die Forderung, für die die Urkunde als Beweisdokument dient, als Befriedigungsmittel des Gläubigers verwendet werden dürfte. — Freilich entbehrt hier der Gläubiger, welcher einen solchen, eines selbständigen Verkehrswertes entbehrenden Gegenstand in Detention hat, der wesentlichsten Hilfe, welche ihm die Retention gewährt, nämlich der Veräußerungsbefugnis, ohne daß jedoch der übrige Inhalt des Rechtes, Besitz und Retention ausgeschlossen wäre.

Auch Geld kann Gegenstand des kaufmännischen Retentionsrechtes sein, jedoch nur dann, wenn Geldstücke in specie als körperliche Sachen retiniert werden, während geschuldete Geldsummen nur zur Compensation nicht aber zur Ausübung des kaufmännischen Retentionsrechtes benützt werden können.

Die Gegenstände müssen Sachen des Schuldners, d. h. zunächst im Eigentume des Schuldners stehende sein, nicht des Gläubigers selbst, welcher etwa kontraktisch zu deren Lieferung an den Schuldner verpflichtet ist, noch Eigentum eines Dritten, da diesem gegenüber das Retentionsrecht nicht besteht.

Ob nun der Schuldner wirklich Eigentümer ist, bestimmt sich nach allgemeinen Rechtsregeln.

Reichsgesetzlich normiert sind die Eigentumsverhältnisse an Wechseln und anderen Ordrepapieren durch Art. 36 und 74 der Wechselordnung, sodann die Eigenthumsverhältnisse an beweglichen Sachen und an Inhaberpapieren durch die Art. 306 und 307 des Handelsgesetzbuches.

Diese Bestimmungen gehen dahin, daß nach Art. 36 W.O. der Inhaber eines indossirten Wechsels durch eine zusammenhängende, bis auf ihn herunterreichende Kette von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimirt ist und sodann nach Art. 74 W.O. der so legitimirte Besitzer eines Wechsels zur Herausgabe desselben nur dann angehalten werden kann, wenn er den Wechsel mala fide erworben oder ihm bei der Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Endlich daß nach Art. 306 und 307 des Handelsgesetzbuches derjenige, welcher von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb, veräußerte und übergebene Waaren oder andere bewegliche Sachen bona fide erwirbt, das Eigentum an denselben erlangt, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war, vorausgesetzt, daß die Gegenstände dem frühern Eigentümer nicht gestohlen oder verloren waren, was jedoch bei Inhaberpapieren nicht gilt.

Wenn nun das Gesetz die Retention nur bei Sachen des Schuldners zuläßt, so will es mit diesem Erfordernis nur die Rechte Dritter sichern, so daß also, wenn sich die Gegenstände im Eigentume eines Dritten befinden, dem Gläubiger diesem gegenüber kein Retentionsrecht an denselben zusteht und zwar nicht einmal dann, wenn er die Gegenstände im guten Glauben, daß sie seinem Schuldner eigentümlich gehören, in seinen Besitz bekommen hat.

Zieht man dies in Betracht, so läßt sich nicht leugnen, daß es im Interesse des ganzen Handels und Verkehrs gelegen wäre, wenn der deutschrechtl. Grundsatz „Hand muß Hand wahren" auf das Retentionsrecht angewendet und damit die Vindikabilität zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers ausgeschlossen worden wäre.

III. Besitz.

§ 6.

Es ist hier vor allem unzweifelhaft, daß die beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners sich auch wirklich im Besitze des Gläubigers befinden müssen, denn nur was detinirt wird, kann retinirt werden, woraus folgt, daß Retention an einer Sachgesammtheit als solcher z. B. einem Waarenlager, einer Bibliothek nicht möglich, wohl aber an den einzelnen Stücken, soweit sie der Gläubiger detinirt, während andrerseits in einer ideellen Quote einer Sache, wie der Besitz, so auch Retention möglich ist.

Erforderlich für den Besitz ist faktische Innehabung, Detention, mit der Möglichkeit über die Sache frei zu verfügen. Juristischer Besitz ist weder erforderlich, noch auch genügend wenn er nicht mit der faktischen Innehabung verbunden ist.

Es genügt sogar mittelbare, durch einen Dritten ausgeübte Detention, wenn nur dieser Dritte dem Gläubiger gegenüber nach dem zwischen ihren bestehenden Rechtsverhältnisse zur Herausgabe der Objekte verpflichtet ist, wie dies der Fall ist beim Depositar gegenüber dem Deponenten.

Weiterhin ist auch hinreichend und der unmittelbaren Innehabung gleichstehend, daß der Gläubiger, wie Art. 313 bestimmt, noch in der Lage ist, über die fraglichen Sachen insbesondere vermittels Connossemente, Lade- und Lagerscheine zu verfügen, ja es ist nicht einmal erforderlich daß der Gläubiger jemals die unmittelbare Innehabung gehabt hat, es

ist vollständig genügend, wenn er zur Zeit der Retention die Sachen mittelbar detinirte.

Verliert der Gläubiger den Besitz sei es freiwillig durch Verzicht auf das Retentionsrecht, sei es unfreiwillig, so erlischt auch das Retentionsrecht und mit dem Besitz der Sache ist er nicht nur des Gegenstandes seines Rechtes, sondern auch des Rechtes selbst verlustig geworden und zur Wiedererlangung des Besitzes auf Contrakts- und Deliktsklagen beschränkt.

Da das Retentionsrecht kein dingliches Recht ist, so gewährt es dem Gläubiger auch keine Klage, ja nicht einmal die possessorischen Rechtsmittel, die Spolienklage stehen gemeinrechtlich dem Retinenten als bloßem Detentor zu Gebote.

Erwerb des Besitzes.

§ 7.

Nicht Besitz schlechthin genügt zur Retention vielmehr ist erforderlich ein qualifizierter Besitz, nemlich qualifiziert dadurch, daß die Retentionsobjekte „mit Willen des Schuldners und auf Grund von Handelsgeschäften" in die Hand des Gläubigers gelangt sein müssen. Durch dieses Erfordernis sollte das Retentionsrecht auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr eingeschränkt und zugleich vor Mißbräuchen geschützt werden. Was nun die erste Bestimmung: Die Retentionsobjekte müssen „mit Willen des Schuldners" in die Hand des Gläubigers gelangt sein, anlangt, so ist damit vor allem ausgesprochen, daß der Besitz des Retinenten dem Schuldner gegenüber ein fehlerfreier sein muß, kein vitiöser sein darf.

Es ist sodann dadurch weiterhin eine eigenmächtige Besitzergreifung sowie Übertragung Dritter ohne Zustimmung des Eigentümers und auch eine auf wesentlichen Irrthum beruhende Übertragung durch den Eigenthümer selbst ausgeschlossen.

Hiemit hängt auch zusammen die Bestimmung, daß Retention ausgeschlossen sein solle, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände im Widerstreite stehen würde mit der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung in der und der Weise mit den Gegenständen zu verfahren.

Das natürlichste ist hier allerdings Übertragung der Sache durch den Schuldner selbst.

Aber auch durch einen dritten kann die Sache dem Gläubiger übergeben werden, wenn nur die Einwilligung des Schuldners nachgewiesen werden kann, für welch' letztere es sodann gleichgiltig ist, ob sie expressis verbis oder durch konkludente Handlungen vorher oder nachher erklärt ist.

In diesem Falle, wenn nemlich ein Dritter dem Gläubiger die Sache übergeben hat, entscheidet über das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten lediglich dasjenige Verhältnis, welches Veranlassung zu

jener Besitzübertragung war, so daß also der Gläubiger, falls der Dritte zur Rückforderung der Sache befugt ist, die Zurückgabe nicht durch Berufung auf das ihm gegen den Eigenthümer zustehende Retentionsrecht verweigern kann.

Beispiel: Absender ertheilt dem Spediteur den Auftrag, in seinem Besitz befindliche Waaren des Destinatärs, diesem zu übermitteln. Er widerruft jedoch denselben, bevor noch der Spediteur den Auftrag ausführen konnte und fordert die bereits übergebenen Waaren mit der actio mandati directa zurück. Der Spediteur muß nun in diesem Falle die Waare unbedingt herausgeben, er kann sich nicht auf sein Retentionsrecht wegen Forderungen gegen den Destinatär berufen, es sei denn, er hätte durch Verpfändung oder Veräußerung seitens des Destinatärs stärkere Rechte als das Retentionsrecht erworben.

Ob der Schuldner den Akt der Besitzergreifung und wann dieselbe stattgefunden hat, ꝛc. gewußt hat, ist ohne Belang.

In erster Lesung wurde, ungeachtet erhobenen Widerspruchs, welcher den abweichenden Handelsgebrauch betonte, beschlossen, daß das Retentionsrecht auf die mit „Wissen und Willen" des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gekommenen Objekte beschränkt werden solle. Prot. S. 461. 468. I. Nürnb. Entw. Art. 262.

In zweiter Lesung wurde die Weglassung der Worte „mit Wissen und" beschlossen, es genüge der Wille des Schuldners auch wenn er von dem Akte der Besitzergreifung keine Kenntnis erlangt habe. Prot. S. 1349. 1357. 1352. II. Nürnb. Entw. Art. 294. Abs. 1.

Das Gesetz erwähnt nur, daß die Erwerbung des Besitzes mit Willen des Schulders erfolgt sein müsse. Da es aber dem Eigentümer unbenommen ist, je nach der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses seinen Willen in der einen oder anderen Weise zu ändern, so darf man nicht lediglich auf den Ursprung des Besitzers sehen, sondern muß vielmehr Fortdauer des Willens des Eigentümers verlangen, wenn dieser Wille auf Fortbestand des Rechtsverhältnisses, auf dessen Grund der Besitz erworben wurde, von Einfluß ist und zwar solange, bis die übrigen Erfordernisse der Retention, insbesondere Fälligkeit der Forderung vorliegen.

Kann nun das betreffende Rechtsverhältnis durch den Willen des Schuldners wirklich aufgehoben werden, so muß, nachdem diese Erklärung erfolgt ist, der Gläubiger die Sache auch herausgeben, denn der gegen den Willen des Schuldners ausgeübte Besitz genügt nicht zur neuen Begründung eines Retentionsrechtes.

Andernfalls kann, wenn das Retentionsrecht erworben ist, also sämmtliche Erfordernisse, insbesondere Fälligkeit der Forderung vorhanden sind, dasselbe dem Gläubiger durch eine Änderung des schuldnerischen Willens nicht mehr entzogen werden.

Beispiel: Der Schuldner hat eine Sache bei seinem Gläubiger deponiert und fordert sie vor Eintritt der Forderung des Gläubigers zurück. Der Gläubiger verweigert die Herausgabe und behält die Sache bis zum Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung zurück in der Absicht, nunmehr sein Retentionsrecht auszuüben. Dies wäre unzulässig.

Die zweite Bestimmung verlangt, daß die Sache „auf Grund von Handelsgeschäften" in den Besitz des Gläubigers gekommen sei, d. h. Handelsgeschäfte müssen die Veranlassung gewesen sein, daß die Sache in den Besitz des Gläubigers kam.

Dadurch sollte das Deckungsrecht auf den Handelsverkehr eingeschränkt bleiben und um diesen Zweck, der bereits durch die Begrenzung dieses Instituts auf Kaufleute und für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften genügend gesichert gewesen wäre, ganz gewiß zu erreichen, hat man auch noch dieses Erfordernis hinzufügen zu müssen, für notwendig erachtet.

Der revid. österr. Entwurf § 50 enthält die Formulierung: „Durch Handelsaufträge oder auf andere rechtsmäßige Weise."

In der ersten Lesung wurde beantragt, nur die auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangten Sachen als Retentionsobjekte anzuerkennen, weil nur im Handel die Gesichtspunkte zuträfen, welche für das Deckungsrecht der Kaufleute sprächen, nicht in Fällen des Besitzerwerbs, welche mit dem Handelsbetriebe des Kaufmanns außer Zusammenhang stünden. Die Beschränkung ist jedoch mit 10 gegen 6 Stimmen abgelehnt worden, weil dieselbe weder der bezweckten Sicherheit des Verkehrs noch der erkennbaren Absicht der Parteien entsprechen würde, auch die Unbestimmtheit des Begriffes „Handelsgeschäft" zu zahllosen Prozessen führen müsse. Prot. S. 458 ff. 462, 468 S. auch I Nürnb. Entw. Art. 262.

In zweiter Lesung dagegen wurde ohne Diskussion die Einschaltung „auf Grund eines Handelsgeschäftes" und später: auf Grund von Handelsgeschäften beschlossen. — Prot. S. 1349 ff. 1357, (Anl. C) 1421 II. Nürnb. Entw. Art. 294, Abs. 1.

Für die richtige Auffassung eines konkreten Rechtsaktes als Handelsgeschäft sind die Bestimmungen des Art. 271 ff. in Verbindung mit der Präsumtion des Art. 274 maßgebend.

Als einfachster Fall stellt sich auch hier dar, wenn der Schuldner selbst dem Gläubiger den Gewahrsam der Sache übergeben hat, entweder um ein Handelsgeschäft zu erfüllen, wie z. B. Pfand-, Miet-, Leihvertrag, Verkauf ohne Zahlung und Kreditierung des Kaufpreises; oder um die Erfüllung eines Handelsgeschäftes zu ermöglichen, wie dies der Fall ist beim Mandat, Depositum, Commissions-, Speditions- und Frachtvertrag.

In allen diesen Fällen entscheidet nach der wohl richtigen Auslegung des Gesetzes der Grundcharakter des Rechtsverhältnisses, ohne daß notwendig das beabsichtigte Geschäft, welches die Sache in den Besitz des Gläubigers bringen soll, abgeschlossen zu sein braucht.

So hat das R.O.H.G. Entsch. X Nr. 50 S. 236 eine Zusendung in der beiderseitigen Erwartung, es werde ein Handelsgeschäft zu stande kommen, als ein Handelsgeschäft erachtet.

Aber auch durch einen Dritten können Sachen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gebracht werden, ohne daß es im Namen und im Auftrage des Schuldners, wenn nur mit dessen Willen geschieht und zwar lediglich auf Grund eines mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsverhältnisses; z. B. beim Depositum, wenn der Dritte die vom Schuldner gemiethete Sache bei dessen Gläubiger deponirt. Würde hier der Dritte die actio depositi directa auf Herausgabe der Sache anstellen, so könnte der Gläubiger nicht wegen seiner Forderung an den Eigentümer die Sache retiniren, sondern müßte sie herausgeben, wohl aber stünde ihm dieses Recht zu, wenn der Eigentümer, also der Schuldner die ihm von dem Dritten cedierte Contraktsklage anstellen oder wenn er vindicieren wollte.

Fragen wir nun, ob das Geschäft auf dessen Grund die Sache aus der Hand des Schuldners gekommen ist, Handelsgeschäft gewesen sein müsse, oder ob sogar alle dazwischen liegenden Geschäfte diese Eigenschaft haben müssen, so führt uns die Interpretation des Wortes „beiderseitiger" namentlich mit Rücksicht darauf, daß es oben ausdrücklich gebraucht ist, sowie die Fassung „in seinen Besitz gekommen" zu dem Resultat, daß nur der Rechtsakt, welcher dem Gläubiger den Besitz verschafft, für ihn ein Handelsgeschäft sein müsse, daß also die in der Mitte liegenden Geschäfte keineswegs Handelsgeschäfte zu sein brauchen.

Beispiele: Der Gläubiger eines Lohnkutschers miethet von diesem eine Equipage zur Spazierfahrt; wollte er nun diese wegen seiner Forderung an den Lohnkutscher retiniren, so wäre dies unstatthaft.

Dagegen könnte der Gläubiger das zum Privatgebrauch bestimmte Silberzeug eines anderen Kaufmannes, das er diesem gegen Lagergeld aufbewahrt, retiniren.

Nirgends im Gesetze finden wir einen Anhaltspunkt dafür, daß das Geschäft auch auf Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft sein müsse. — Schon der Umstand, daß hier, im Gegensatze zu oben, woselbst ausdrücklich beigefügt ist, „aus beiderseitigen Handelsgeschäften" dieses Wort weggeblieben ist, rechtfertigt die vorhin aufgestellte Behauptung, daß es genügt, wenn das Geschäft des Gläubigers ein Handelsgeschäft ist.

IV. Forderung.

§ 8.

Das Gesetz gewährt ein Retentionsrecht wegen der fälligen Forderungen, welche einem Kaufmann gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen.

Es handelt sich hier nicht blos um Geldforderungen, denn der Gegenstand der Forderung ist gleichgiltig, und nur, wenn das Retentionsobjekt teilbar ist, kommt es insoferne auf die Höhe der Forderung an, als nur ein dem Betrage der Forderung entsprechender Teil des Objektes retinirt werden darf. —

Konnexität im gemeinschaftlichen Sinne wird nicht erfordert, vielmehr angenommen, daß alle dergleichen Forderungen mit dem Anspruche des Schuldners auf Herausgabe der mit seinem Willen durch Handelsgeschäft in den Gewahrsam des Gläubigers gekommenen Sachen konnex seien. Ebensowenig ist ein Erfordernis, die Liquidität der Forderung. Ohne Bedeutung ist weiterhin auch die Zeit der Entstehung.

Dagegen muß die Forderung unbedingt und unbetagt fällig sein, sollte auch der Gegner in Vermögensverfall oder gar in Konkurs gerathen sein, anderenfalls kann nur durch richterliche Kautionen bezw. durch Arrest, unter den geeigneten Voraussetzungen geholfen werden. Endlich muß sie aus den zwischen beiden Parteien abgeschlossenenen beiderseitigen Handelsgeschäften entsprungen sein.

Erfordernisse der Forderungen.

§ 9.

1. Das Retentionsrecht darf nur für fällige Forderungen ausgeübt werden und zwar muß die Fälligkeit vorhanden sein in dem Augenblicke, in welchem das Retentionsrecht geltend gemacht wird, wo also die Herausgabe der Sache in Berufung auf das Retentionsrecht verweigert wird, oder in Ermangelung einer solchen Weigerung, wo die Klage auf Verkaufsbewilligung dem Beklagten zugestellt wird.

Weder der revid. österr. Entw. § 50 noch der I. Nürnb. Entw. Art. 262 enthält diese Beschränkung, doch hatte der Antragsteller schon in erster Lesung darauf hingedeutet. Prot. S. 467.

In zweiter Lesung wurde sie jedoch beschlossen, weil wegen nicht fälliger Forderungen nicht einmal Compensation zulässig sei, somit das Retentionsrecht weiter führen würde, als das Compensationsrecht, auch würde andernfalls der durch die Kreditierung übernommenen Verpflichtung für die Dauer der Kreditierung ohne Deckung zu bleiben und dem Schuldner die Möglichkeit zu gewähren, die zur Deckung erforderlichen

Mittel für andere Zwecke zu benützen, entgegengehandelt und deren Zweck vereitelt werden.

Prot. S. 1347, 1351, 1357, 1352 II. Nürnb. Entw. Art. 294 Abs. 1.

Ein Hauptfall ist hier wohl die Retention wegen Forderungen aus Wechselaccepten. — Besonders wichtig ist hier die Frage nach dem Zeitpunkte, an welchen die Forderungen des Acceptanten gegen den Trassanten, oder denjenigen, auf dessen Rechnung die Tratte geht, fällig ist, oder von wann an der Acceptant eines Wechsels das Retentionsrecht an Sachen des Trassanten geltend machen kann.

Bei Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden, ob auf Credit trassirt und acceptiert worden ist oder nicht.

Im ersteren Falle hat im Accepte der Bezogene dem Trassanten gegenüber stillschweigend erklärt, daß er auf künftige Rechnung des Trassanten den Wechsel einlösen, vor der Zahlung auf Deckung verzichten, mithin auch die in seinen Händen befindlichen Gegenstände des Trassanten nicht als Deckung behandeln wolle, demgemäs wird sein Anspruch erst mit der Zahlung fällig und kann vor derselben bei normaler Vermögenslage des Trassanten, Retention nicht ausgeübt werden.

Im zweiten Falle ist die Forderung im Augenblicke der vorgenommenen Annahme an fällig, denn es muß im Zweifel angenommen werden, daß der Trassat dadurch daß er acceptirte, nicht für den Trassanten oder denjenigen, für dessen Rechnung die Tratte gezogen ist, in Vorschuß gehen wollte, sondern vielmehr annahm vor Verfall Deckung zu erhalten. Dies gilt auch vom Ehrenacceptanten.

2. Das Retentionsrecht kann nur ausgeübt werden gegenüber solchen Forderungen, welche aus Geschäften zwischen dem Retentionsgläubiger und Schuldner geschlossen worden sind. — Durch dieses Erfordernis werden, in Voraussetzung einer direkten Wechselbeziehung zwischen den beiden Parteien, abgesehen von Forderungen, welche der Gläubiger durch Erbgang, Legat ꝛc., erworben hat, insbesondere die durch Cession erworbenen Forderungen ausgeschlossen. Und es ist dieser Ausschluß cedierter Forderungen auch im Interesse der Billigkeit zu beglückwünschen, denn einerseits würden durch die Ausdehnung des Vorzugsrechtes auf cedierte Forderungen, mit Rücksicht darauf daß jeder Kaufmann, welcher Deckung in Händen hat, zum Schaden der anderen Konkursgläubiger, seinen Freunden Deckung für deren Guthaben verschaffen könnte, die Konkursmassen von einigen günstig gestellten Gläubigern zum Nachteil aller übrigen ausgebeutet werden, andrerseits würde dadurch eine große Benachteiligung des Schuldners unvermeidlich sein, da der Inhaber von Waaren, über die der Schuldner mit Sicherheit disponieren zu können glaubte, diese plötzlich als

Retentionsobjekte zurückhalten könnte, weil er sich inzwischen Forderungen gegen den Eigentümer hat cedieren lassen.

In der Nürnberger Conferenz herrschte übrigens in dieser Frage keine Übereinstimmung. In erster Lesung, wo das Retentionsrecht für alle aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen anerkannt war, wurde wiederholt der Ausschluß desselben für cessionsweise erworbene Forderungen beantragt und auf die vorhin erwähnten Gefahren im entgegengesetzten Falle hingewiesen. Trotzdem erachtete man solche Cessionen an sich für statthaft, indem man die geäußerten Befürchtungen übertrieben, und die beantragte Beschränkung zu weitgehend glaubte und der Ansicht war, daß gegen fraudulose Cessionen in den Concursordnungen Hilfe geschafft werden müsse. Daher würde die Beschränkung durch die entscheidende Stimme des Präsidenten — 8 gegen 8 Stimmen — abgelehnt und beschlossen, daß das Retentionsrecht auch für die durch Cession erworbenen Forderungen zulässig sein solle. Prot. S. 1346, 1350—1352.

Dessen ungeachtet hatte die Redaktionskommission in zweiter Lesung, obwohl auch hier an diesem Beschluß festgehalten und kein unmittelbarer kontraktlicher Verkehr zwischen den Parteien verlangt worden war, die frühere Fassung des Art. 262 „wegen seiner aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen" abgeändert in: „aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften", und obwohl dagegen mit Recht diese Fassung als eine sachliche Änderung des gefaßten Beschlusses bezeichnet wurde (Prot. S. 1418 ff.) gelangte sie schließlich doch mit 9 gegen 7 Stimmen zur Annahme.

Es wurde weiterhin geltend gemacht, daß durch die Fassung der Redaktionskommission cedierte Forderungen keineswegs gänzlich von der Bestimmung des Art. 262 ausgeschlossen seien.

Es gehöre z. B. hieher immer noch der Fall, wenn die Veranlassung zum Erwerbe der cedierten Forderung ein zwischen dem Cessionar und debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft war. Ferner sei dem jetzigen Wortlaute die Deutung zu geben, daß das Geschäft, durch welches der Gläubiger eine Forderung gegen einen Schuldner erworben habe, auf Seiten beider ein unter ihnen geschlossenes Handelsgeschäft darstellen müsse, und es daher nicht genügend sei, wenn der Schuldner, in dem er die Schuld kontrahierte, einerlei mit welchem Gläubiger, ein Handelsgeschäft gemacht habe, und wenn der Gläubiger beim Erwerb der Forderung ein Handelsgeschäft machte, selbst wenn nur die Cession, durch welche er sie von dem früheren Gläubiger erworben hatte, als ein solches zu betrachten wäre.

Es war sonach die der ersten Lesung zu Grunde gelegene Ansicht entgegen der erweislichen Absicht der Gesetzgebungskonferenz, nemlich unter

Umständen Retention auch für cedierte Forderungen zuzulassen, durchgedrungen.

Durch die Fassung des Gesetzes ist nun Retention wegen Forderungen, welche der retinierende Gläubiger nur durch Cession erworben hat, schlechthin ausgeschlossen, denn die cedierte Forderung kann niemals aus einem für Cessionar und debitor cessus beiderseitigen Handelsgeschäfte entspringen, da ja nicht diese beiden mit einander kontrahieren, sondern nur Cedent und Cessus einerseits, Cedent und Cessionar andrerseits, selbst dann nicht, wenn infolge einer Übereinkunft zwischen Cessionar und Cessus z. B. um die Ausklagung, die Exekution des letzteren abzuwenden, welche recht wohl für beide ein Handelsgeschäft darstellen kann, ersterer die Forderung vom Gläubiger auf sich cedieren läßt. Es ist hier allerdings richtig, daß jene Übereinkunft die Veranlassung zur Cession gewesen, allein der Entstehungsgrund der Forderung ist unverändert derselbe geblieben, nemlich das zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus ursprünglich abgeschlossene Geschäft; der Cessionar hat seine Forderung nicht aus der zwischen ihm und dem debitor cessus getroffenen Übereinkunft erworben. Es hat sich lediglich die Person des Gläubigers geändert. Damit in diesem Falle Retention Anwendung finden könnte, müßte zu der Cession etwa noch eine Anweisung des Cedenten an den Cessus hinzukommen und Acceptationsvertrag zwischen Cessus und Cessionar stattfinden, also eine Übereinkunft zwischen allen drei Intressenten.

In diesem Falle beruht die Obligation auf dem zwischen dem Dritten und dem Schuldner abgeschlossenen Vertrag, und es würde deshalb, vorausgesetzt, daß dieser Vertrag ein Handelsgeschäft und die Kontrahenten Kaufleute sind, ohne Rücksicht darauf, ob die ursprüngliche Forderung ein Handelsgeschäft war oder nicht Art. 313 zur Anwendung kommmen.

Ganz dasselbe gilt bei Übernahme der früheren Verbindlichkeit seitens des Cessus gegenüber dem neuen Gläubiger, wenn also der debitor cessus dem Cessionar gegenüber ein constitutum debiti proprii vorgenommen hat.

Nicht berührt von dem Ausschluße der cedierten Forderungen werden die Inhaber und Ordrepapiere. Es ist daher Retention für eine Forderung aus einem derartigen Papiere, welches der Schuldner ausstellt aus einem Grunde, der für ihn ein Handelsgeschäft darstellt, und welches der Gläubiger durch ein Handelsgeschäft erworben hat, zulässig.

Der Aussteller des Inhaber- und Ordrepapieres verspricht demjenigen eine Leistung machen zu wollen, welcher zur Verfallzeit das Papier besitzt. Durch die Thatsache des Besitzers ist jeder Erwerber *selbständig* forderungsberechtigt, nicht blos als Rechtsnachfolger des vorhergehenden Besitzers und des ersten Nehmers und tritt zugleich in direkte Beziehung zu

dem Aussteller. Auch kommt die Forderung in jedem Erwerber neu zur Entstehung, was bewirkt, daß mit Übertragung des Papiers lediglich dieses und nicht die Forderung übertragen wird.

Sehr bestritten ist die Frage, ob durch Indossament erworbene Forderungen des Retinenten von der Retention ausgeschlossen sind oder nicht.

Goldschmidt, v. Hahn, Makower, Auerbach, Wolff sind für die Zulässigkeit der Retention bei solchen Forderungen, gegen dieselbe sprechen sich aus v. Stubenrauch, Brix und Laband.

3. Endlich ist Retention nur zulässig, wegen Forderungen, welche aus Geschäften herrühren, welche sowohl für den Gläubiger als für den Schuldner Handelsgeschäfte sind.

Damit sind ausgeschlossen alle nicht im kaufmännischen Geschäftsbetriebe kontrahierten Schulden z. B. Schulden für Wohnungsmiethe u. dgl. Die Konnexität aller zwischen denselben Kaufleuten bestehenden Schulden, besteht hier nur für die aus dem eigentlichen Handelsverkehr hervorgegangenen Verbindlichkeiten.

V. Übereinstimmung mit der lex contractus.

§ 10.

Auch der revid. österr. Entw. enthielt diese Beschränkung; doch wurde in erster Lesung nur über den Fall eine Bestimmung getroffen, daß der Ausschuß des Retentionsrechtes vereinbart war.

In zweiter Lesung wurde beantragt, das Retentionsrecht nur zu gestatten: „wenn in dem Falle nach den Anschauungen des kaufmännischen Verkehrs angenommen werden kann, daß dieser Besitzer bei der Entstehung oder Fortdauer des Schuldverhältnisses in Rücksicht genommen worden ist.“

Doch wurde dieser Antrag, als von zu vagen Voraussetzungen ausgehend, abgelehnt. Prot. S. 1347—1349. 1352. 1353. 1423.

Dagegen wurde ein anderer Antrag: „Dieses Retentionsrecht fällt weg, wenn die Retention der von ihm vor oder nach Empfang der Gegenstände übernommenen Verpflichtung, in einer speziell vorgeschriebenen Weise mit denselben zu verfahren, widerstreiten würde“, einstimmig angenommen. Prot. S. 1349. 1350. 1357. 1362. 1421.

Im wesentlichen stimmt damit auch überein II. Nürnb. Entw. Art. 294 Abs. 2.

In dritter Lesung wurde beantragt, die fernere Beschränkung hinzuzufügen: „wenn die Zurückhaltung einer von dem Schuldner bestimmt vorgeschriebenen Verfahrungsweise widerstreiten würde,“ oder „einer von dem Schuldner bei der Übergabe erteilten Vorschrift widerstreiten würde.“ Die Erweiterung wurde mit 9 gegen 5 Stimmen in folgender Formulierung zum Beschlusse erhoben: „Der von dem Schuldner bei der Übergabe der Güter erteilten Vorschrift oder von dem Gläubiger nach derselben übernommenen Verpflichtung.“ Prot. S. 4577. 4578.

Die jetzige präzisere Fassung enthält Art. 313 Abs. 2 des H.-G.-B. welcher lautet: „Dieses Recht tritt jedoch nicht ein, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde.

Diese Bestimmung geht von dem Grundgedanken aus, Treu und Glauben im kaufmännischen Verkehr zu wahren und jede Unbilligkeit gegen den Gläubiger zu verhüten, welche z. B. darin liegen würde, wenn derselbe zur Herausgabe einer Sache des Schuldners, gegen den er eine Forderung hat, und die zu erfüllen dieser sich weigert, gezwungen würde.

Ohne diese Bestimmung würde der Chikane das Mittel gewährt, bei eintretenden Streitigkeiten irgend welcher Art, einen Kaufmann in den Stand zu setzen, die wohlberechneten Dispositionen des anderen zu zerstören und ihn dadurch der äußersten Verlegenheit, ja selbst dem Ruine entgegenzuführen.

Es darf also das Retentionsrecht nicht im Widerstreite mit der lex contractus ausgeübt werden, sei diese eine einseitige Vorschrift, welche der Schuldner dem Gläubiger erteilt hat, sei es eine Übereinkunft unter den Parteien.

Da weder für erstere noch für letztere eine bestimmte Form vorgeschrieben, so ist es gleichgiltig, ob die einseitige Vorschrift, welche der Schuldner dem Gläubiger erteilt, resp. die Übereinkunft unter den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend gegeben, resp. getroffen worden ist.

Ist z. B. eine Waare auf Probe geliefert, die Genehmigung des vorgeschlagenen Kaufes seitens des Empfängers aber abgelehnt worden, so ist Retention hier unzulässig, weil in einem solchen Falle stillschweigend die Verpflichtung eingegangen ist, die Waare zurückzugeben, wenn sie nicht genehmigt wird.

Die einseitige Vorschrift des Schuldners verfügt über die im einzelnen Falle in Betracht kommende Waare, wenn sie vor oder zugleich mit der Übergabe derselben erteilt worden ist. Mit der Übergabe der Waare unterwirft sich der Gläubiger der Vorschrift, in der bestimmten Weise mit derselben zu verfahren, mit anderen Worten: „mit der Annahme der Waare wird diese Vorschrift zur lex contractus.“ Denn mit der einseitigen Vorschrift ist ihm die Waare doch unter einer Bedingung übergeben worden, nimmt er sie nun wirklich an, so verspricht er stillschweigend die Erfüllung der Bedingung, daher ein Zuwiderhandeln gegen Treu und Glauben verstoßen würde und daher unstatthaft wäre.

Eine besondere Hervorhebung der Vorschrift des Schuldners im Gesetze wird wichtig für den Fall, wenn der Gläubiger der erteilten Vorschrift sich nicht unterwerfen will, z. B. den ihm gegebenen Auftrag zur

Versendung ablehnt, trotzdem aber an den behaltenen Gütern ein Retentionsrecht geltend machen wollte. Der Zweifel ob dieses statthaft sei, wird durch die vorliegende Fassung beseitigt. Prot. S. 4577. —

Eine spätere einseitige Vorschrift ist wirkungslos. Würden sich nemlich Waaren des Schuldners ohne daß darüber eine Dispotion von dessen Seite getroffen ist, im Gewahrsam des Gläubigers befinden, so hätte dieser vorausgesetzt, daß die Erfordnisse der Retention insbesondere Fälligkeit der Forderung eingetreten sind, ein zur Retention geeignetes Objekt in Händen, welchem diese Eigenschaft nicht mehr selbstständig vom Schuldner entzogen werden kann, es müßte denn sein, daß der Gläubiger zu einer späteren Vorschrift des Schuldners seine Einwilligung, sein Einverständnis erklärt hätte.

Der Zurückbehaltung zum Zwecke der Sicherung und Deckung würde jede Vorschrift des Schuldners oder Verpflichtung des Gläubigers widersprechen, welche ein bestimmtes mit der Retention im Widerspruch stehendes Verfahren bestimmt, z. B. die Waare zu verkaufen, zu verpfänden, zu transportieren, sie bei einem Dritten zu deponieren, sie zur Disposition eines Dritten zu halten, dem Schuldner darauf ein Darlehen zu verschaffen, sie als Deckung behufs Einlösung eines domizilierten Wechsels zu benützen; die Waare bei Nichtannahme sogleich zurückzusenden, bezw. an einen genannten Commissionär, Spediteur zu verabfolgen u. s. w. Trotzdem aber wäre in diesen Fällen das Retentionsrecht zugelassen, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen zu seiner Geltendmachung, nachdem der Schuldner seiner Verpflichtung nachgekommen, bezw. das Seinige zu deren Erfüllung gethan hat, eingetreten sind: z. B. wenn der Kommissionsverkauf nicht bewerkstelligt werden konnte, wenn das Fracht- und Speditionsgut von dem Destinatär nicht angenommen wird, und folglich wieder dem Absender auszuantworten ist, da in diesen Fällen eine Collision zwischen Retentionsrecht und Zweck der übernommenen Verpflichtung nicht mehr eintritt.

In allen diesen Fällen nun ist es Sache des Richters, nach Art. 279 H.G.B. auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche d. h. nur solche, welche bei beiden Theilen in Übung, beiden Theilen gleichmäßig bekannt sind, und darauf, was Treu und Glauben im Verkehr erfordern, Rücksicht zu nehmen und darnach die Zulässigkeit des Retentionsrechtes zu prüfen.

Es wird übrigens das Retentionsrecht aus Art. 313 Absatz 2 nur äußerst selten zur Anwendung kommen, in der Regel wird es nur statt haben bei bereits vorliegenden Differenzen oder bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Schuldners, da es ja im eigenen Interesse des Gläubigers ist, wenn er seine Verbindungen aufrecht erhalten will sich störender Eingriffe zu enthalten.

Retention wegen Unsicherheit des Schuldners.

§ 11.

Bei genauer Betrachtung des vorstehend Erörterten, wird man zu dem Resultat kommen, daß das Retentionsrecht weder ein praktisch wertvolles, noch dem Verkehrsinteresse dienendes und nützliches Institut wäre, wenn die Voraussetzung des Abs. 2 des Art. 313, durch welchem dem Kaufmann das ihm im Abs. 1 eingeräumte so ziemlich wieder genommen wird, nicht im Falle der Unsicherheit des Vermögensstandes des Schuldners beseitigt würde.

Der Österr. Entw. § 50 welcher die vorstehenden Beschränkungen des H.-G.-B. nicht enthielt, gab auch keine erweiternden Vorschriften für den Vermögensverfall des Schuldners.

Schon in erster Lesung wurde vom Antragsteller eine Erweiterung gegen den falliten Schuldner ins Auge gefaßt, jedoch kein Antrag gestellt. Prot. S. 467.

In zweiter Lesung, wo die gedachten Beschränkungen hinzutreten, wurde zugleich beschlossen: „Sind jedoch nach übernommener Verpflichtung, Umstände eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden, welche seine Befriedigung als unwahrscheinlich herausstellen, so besteht das Retentionsrecht und in diesem Falle auch wegen nicht fälliger Forderungen." —

Für diesen Beschluß wurde geltend gemacht, daß er der Anschauung des Kaufmannsstandes, namentlich bei dauernder Geschäftsverbindung, am meisten entspreche, Mißbrauch des Rechtes, das ohnehin zum Schadenersatz verpflichte, sei deshalb nicht zu besorgen, da jeder Kaufmann seine Verbindungen aufrecht zu erhalten suchen wird. Allerdings sei die Gefahr, daß der bereits schwankende Schuldner zum Konkurse getrieben würde, nicht in Abrede zu stellen.

Prot. S. 1350, 1353, 1354, 1357.

Aber auch gegen den Beschluß wurden Stimmen laut, indem man behauptete, der Antrag stehe in Wiederspruch mit der bona fides, der Kaufmann habe hier nicht mit Rücksicht auf die übergebene Sache creditirt, es sei alles vom Ermessen des Gläubigers abhängig gemacht, je nachdem sich derselbe gefährdet halten wolle oder nicht. Ein solches Recht könne leicht Konkurse herbeiführen. Wegen nicht fälliger Forderungen sei, da creditirt worden, Retention unstatthaft.

Weiterhin kommt hier in Betracht II. Nürnb. Entw. Art. 294 Abs. 3, welcher lautet:

„Das Zurückbehaltungsrecht besteht selbst für nicht fällige Forderungen, wenn der Schuldner unsicher geworden ist."

Sodann Abs. 4: „Im Falle der Schuldner unsicher geworden ist, steht auch die Übernahme der Verpflichtung, in einer bestimmt vorge

schriebenen Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrechte nicht entgegen, soferne die Umstände, aus denen die Unsicherheit des Schuldners hervorgeht, erst nach der Übernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind!

In dritter Lesung wurde hervorgehoben, daß dieser Grundsatz im vollständigen Widerspruche mit bona fides stehe.

„Wer hat die Unsicherheit zu beurtheilen? Der angebliche Gläubiger oder das Gericht? und wenn der Gläubiger die Unsicherheit behauptet, soll etwa alsdann der Schuldner zur vollständigen Aufdeckung seiner Vermögensverhältnisse genötigt werden? Wann ist überhaupt ein Kaufmann unsicher, wann sicher? Und wenn das Gericht keine Unsicherheit annimmt, wer steht dem Eigentümer für den vielleicht unrettbar verlorenen Kredit, oder gar für das erst durch Nichtbefolgung seiner Dispositionen hervorgerufene Fallissement? Etwa der Gläubiger, der zwar sehr ängstlich, aber doch, durch das Gesetz berechtigt, in gutem Glauben gehandelt hat? — Bei einer solchen Vorschrift vermag der Handel nicht zu bestehen."

Goldschmidt hatte ein seinem Gutachten S. 92 folgende Fassung vorgeschlagen:

„Ist jedoch über den Schuldner der Konkurs eröffnet worden, oder eine Exekution in dessen Vermögen fruchtlos vollstreckt oder die Personalhaft wider denselben verhängt worden, so besteht das Zurückbehaltungsrecht ungeachtet dieser Vorschrift und auch für die nicht fälligen Forderungen."

Bei der Abstimmung wurde das Prinzip dieser Vorschläge mit 9 gegen 5 Stimmen angenommen, indessen später noch etwas modifizirt, so daß jetzt die Bestimmung folgendermassen lautet: „Art. 314: Das in dem vorgehenden Artikel bezeichnete Zurückbehaltungsrecht besteht unter den dort angegebenen Voraussetzungen selbst wegen der nicht fälligen Forderungen:

1. Wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist, oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat;

2. wenn eine Exekution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt worden ist.

In diesen Fällen steht auch die Vorschrift des Schuldners oder die Übernahme der Verpflichtungen, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrechte nicht entgegen, soferne die vorstehend unter 1 und 2 bezeichneten Umstände erst nach Übergabe der Gegenstände, oder nach Übernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind."

Dieser Artikel ist nachgebildet dem Art. 29 der D.-W.-O., welcher den daselbst behandelten Sekuritätsregreß an dieselben Voraussetzungen knüpft. Von dem Retentionsrechte des Art. 313 Abs. 2

unterscheidet sich dieses Retentionsrecht in zweifacher Weise, sowohl hinsichtlich der Forderungen als hinsichtlich der Bedingungen, unter denen der Gläubiger die Sachen des Schuldners inne hat.

1. Hinsichtlich der Forderungen ist das Retentionsrecht auch auf nicht fällige Forderungen ausgedehnt, was man durch die Analogie des Retentionsrechts mit der Kompensationbefugnis motivierte, die im Konkurse auch wegen nicht fälliger Forderungen zulässig sei. — Prot. S. 467 1349, 1351, 1354.

2. Hinsichtlich der Bedingungen, unter denen der Gläubiger die Sachen des Schuldners inne hat, unterscheidet es sich dadurch, daß in den Fällen der Unsicherheit des Schuldners, der Gläubiger selbst den Bestimmungen des Schuldners, ja selbst der übernommenen Verpflichtung zuwider, sich an diejenigen Sachen des Schuldners halten kann, welche er in Gewahrsam hat. Nur ist in diesem Falle zur Voraussetzung gemacht, daß die, die Unsicherheit des Schuldners bekundenden Umstände erst nach Übergabe der Gegenstände oder nach Übernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind.

Die Bestimmung des Art. 314 ist strictissime zu interpretieren, sie läßt weder einschränkende noch ausdehnende Auslegung zu.

Ob demnach die Befriedigung des Gläubigers wirklich unwahrscheinlich, ob er wirklich zahlungsunfähig sei, ist vollständig gleichgiltig, wenn nur eines oder mehrere der in dem Artikel aufgeführten Unsicherheitssymptome eingetreten sind.

Inhalt und Ausübung des Retentionsrechtes.

§ 12.

Bei Vorhandensein der in den vorhergehenden Paragraphen aufgeführten Voraussetzungen wird die in der Hand des Gläubigers befindliche Waare des Schuldners rententionstüchtig und soll obligatione non soluta seitens des Schuldners zur vorzugsweisen Befriedigung seiner Forderung vor den anderen Gläubigern desselben dienen.

Auf keine Weise, weder durch Übertragung an einen Dritten seitens des Schuldners noch durch anderweitige Dispositionen desselben kann ihm in dem Augenblicke wo sämmtliche Voraussetzungen vorhanden sind, das Exekutionsobjekt mehr entzogen werden. Aus der Innehabung der Sachen des Schulders erwachsen dem Retinenten auch gewisse Verpflichtungen.

Man denke hiebei vor allem an die diligentia, welche derselbe bei Aufbewahrung der Sachen zu prästieren hat.

Über den Grad der Haftung gibt uns Art. 282 H.G.B. Aufschluß, welcher eine Haftung für omnis culpa statuirt und dahin lautet:

„Art. 282: Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite

ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zu Sorgfalt verpflichtet ist, muß die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns anwenden."

Hierunter ist, wie die Protokolle S. 1309 es erklären, die Sorgfalt eines ordentlichen Gewerbsmannes von dem Stande oder Gewerbe, welchem die jeweils in Frage stehende im Sinne des Gesetzes als Kaufmann erscheinende Person angehört, z. B. eines gewöhnlichen Frachtfuhrmannes, eines Wirthes, u. s. w.

Bei Verletzung dieser Sorgfalt ist der Retinent dem Schuldner nach Art. 283 H.G.B. zum Schadenersatze und zwar nicht nur zur Erstattung des wirklichen Schadens, sondern auch des entgangenen Gewinnes, ohne Beschränkung auf das alterum tantum verpflichtet. Zufällige Verschlechterung oder zufälliger Untergang der Sachen treffen nicht den Retinenten sondern den Schuldner, und nur insoferne ist auch der erstere dadurch geschädigt, als ihm das Exekutionsobjekt dadurch entzogen ist.

Durch die Ausübung der im Retentionsrechte enthaltenen Befugnisse wird auf das empfindlichste in das Eigenthumsrecht des Schuldners eingegriffen, durch die Zurückbehaltung der Waare, wird ihm die Verfügung über dieselbe entzogen und werden in den Fällen des Art. 314 sogar etwa schon getroffene Dispositionen wieder aufgehoben: durch das Recht endlich im äußersten Falle die Waare zu verkaufen, wird im Effekt das schuldnerische Eigenthum selbst aufgehoben und es bleibt ihm weiter nichts zu beanspruchen als vielleicht der etwaige Übererlös.

Für die Ausübung des Deckungsrechts hat nun das H.G.B verschiedene Grundsätze aufgestellt, die hier noch des näheren erörtert werden sollen.

1. Der Gläubiger ist verpflichtet, von der Ausübung des Retentionsrechtes dem Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen.

Diese Benachrichtigung des Schuldners bildet nicht etwa eine Voraussetzung des Retentionsrechtes, sondern ist lediglich eine die Art der Ausübung des Retentionsrechtes betreffende Verpflichtung, dazu gegeben, die Interessen des Schuldners zu wahren, der auch seinerseits dann das Recht erhält, die Nichteinhaltung dieser Pflicht zu rügen.

Diese Vorschrift ist keine prozessuale in dem Sinne, daß das Gericht, wenn derAntrag auf Verkauf der Retentionsobjekte gestellt wird, zu prüfen hätte, ob der Gläubiger dieser Pflicht nachgekommen ist, sondern die Beobachtung dieser Anordnung ist lediglich Sache des Gläubigers.

Den Zweck dieser Bestimmung herauszufinden, macht wohl wenig Schwierigkeit. Es soll der Schuldner vor Schaden bewahrt und Chikane des Gläubigers verhütet werden. Es ist dies eine einfache Folge der bona fides und der im Handelsverkehr sich gegenseitigen zu prästierenden Diligenz.

Dem Faustpfandgläubiger ist im Art. 310 eine doppelte Benachrichtigung des Schuldners, jedoch nur „soweit thunlich" zur Pflicht

gemacht; der Art. 315 dagegen verlangt unbedingte Benachrichtigung seitens des Retentionsgläubigers, aber nur von der Ausübung des Retentionsrechtes, nicht vom bevorstehenden oder bewirkten Verkaufe der Retentionsobjekte, weil dieses nur im Wege der Klage bewirkt werden kann, also ein richterliches Urteil vorausgesetzt, daß im gewöhnlichen Prozesse gefällt wird, wo also der Schuldner gehört wird und mitwirken kann, und das überdies durch Eröffnung oder Zustellung zur Kenntnis des Schuldners gebracht wird. —

Es genügt Anzeige in beliebiger Form, ob schriftlich ob mündlich, ob ausdrücklich oder stillschweigend ist einerlei.

Fragen wir nun nach dem Zeitpunkte, bis zu welchem der Gläubiger den Schuldner von der Ausübung des Retentionsrechtes benachrichtigt haben muß, so gelangen wir wohl zu dem Resultate, daß die Benachrichtigung des Schuldners an keine bestimmte Zeit gebunden, sondern die Wahl des Zeitpunktes dem Ermessen des Gläubigers überlassen ist.

Es ist allerdings im Handelsgesetzbuche vorgeschrieben, daß der Schuldner ohne Verzug benachrichtigt werde, jedoch darf diese Vorschrift nicht allzu strenge aufgefaßt werden, so daß etwa notwendig schon mit der ersten Gelegenheit die Nachricht abgehen müßte, sondern dieses „ohne Verzug" hat vielmehr nur die Bedeutung, daß der Gläubiger nicht zu lange Zeit verstreichen lassen darf, so daß sich dies bei ordnungsmäßigem Geschäftsbetriebe als ein unmotivierter Verzug seinerseits darstellen würde. Es ist hier insbesondere dem richterlichen Ermessen ein großer Spielraum offen gelassen.

In der Regel wird man annehmen müssen, daß der Gläubiger dann den Schuldner zu benachrichtigen verpflichtet sei, wenn der Gläubiger die Sache zum Zwecke seiner Sicherheit zurückhält, statt sie auf Verlangen des Schuldners oder auch ohne solches aber seiner sonst bestehenden Verpflichtung gemäß oder der schuldnerischen Verfügung entsprechend an diesem zu restituieren. Es hätte also, wenn z. B. der Schuldner dem Gläubiger mitteilt, er wolle die bei letzterem befindlichen Waaren verkaufen, oder er habe sie verkauft, der Gläubiger sofort nach Empfang dieser Nachricht dem Schuldner Anzeige davon zu machen, daß er die Waaren wegen seiner Forderungen zurückzubehalten gesonnen sei, damit der Schuldner noch den Verkauf unterlassen, event. noch rechtzeitig für anderweitige Erfüllung desselben Sorge tragen könne.

Hat nun der Gläubiger die Benachrichtigung des Schuldners unterlassen oder verzögert, in einer Weise, welche ihm zur Schuld angerechnet werden kann, so ist er allerdings verpflichtet, dem Schuldner Schadenersatz zu leisten, jedoch weiter ist daraus nichts zu folgen. Insbesondere kann von einem Verluste des Retentionsrechtes nie die Rede sein, denn dies

hätte ausdrücklich statuirt werden müssen, während im Gesetze nirgends davon die Rede ist.

Bestritten ist die Frage, ob die Benachrichtigung des Schuldners als Klagvoraussetzung aufzufassen sei? — Für die Bedeutung erklären sich Goldschmidt, Hahn, Puchelt: anderer Ansicht ist Laband.

2. Der Schuldner ist befugt, die Ausübung des Retentionsrechtes dadurch abzuwenden, daß er den Gläubiger rechtzeitig in anderer Weise sichert. —

Dieses Recht gibt dem Schuldner, wenn er davon Gebrauch macht, die Befugnis, sein Eigentum überhaupt, also auch von der Retention frei zu machen. Denn es können Fälle vorkommen, wo es für den Schuldner einen unabsehbaren Nachteil bedeuten würde, wenn ihm gerade diese Objekte zurückbehalten, resp. verkauft würden, und für solche Fälle ist die Bestimmung vorgesehen.

Dem Rechte des Schuldners seine Waare durch Bestellung anderweitiger Sicherheit frei zu machen, entspricht hinwiederum die Pflicht des Gläubigers, nach vorgenommener Bestellung anderweitiger Sicherheit die Waaren an den Schuldner herauszugeben, widrigenfalls er für den diesem entstehenden Schaden aufzukommen hätte.

Voraussetzung für die Verpflichtung des Gläubigers sich mit anderweitiger Sicherheit zu begnügen, ist einmal, daß Sicherheit rechtzeitig geboten sein müsse.

Was die Interpretation des Wortes „rechtzeitig" anlangt, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß der Gläubiger sich die Stellung anderweitiger Sicherheit so lange gefallen lassen muß, bis er nicht die Klage auf Verkaufsbewilligung angestellt hat. Doch von dem Momente, in welchem der Gläubiger die Klage angestellt oder in welchem die Forderung fällig ist, hört die Befugnis des Schuldners, den Gläubiger in anderer Weise zu sichern auf und der Gläubiger ist berechtigt, jetzt Befriedigung zu verlangen und kann Sicherheitsstellung für künftige Befriedigung abschlagen.

Eine weitere in der Natur der Sache selbst gegründete Voraussetzung ist sodann, daß die in Bürgschaft, Pfandbestellung, Wechselziehung ꝛc. bestehende Sicherheit, bezüglich ihrer bequemen und sicheren Realisierbarkeit, dem Retentionsrechte nicht nachstehen dürfe sowie daß ihr Werthbetrag die Höhe der Forderung des Gläubigers oder wenn letzterer den Wert der Retentionsgegenstände übersteigt, dem Werte des präsumtiv höchsten Erlöses gleichkommen müsse. Hier ist es auch wieder Sache des richterlichen Ermessens, im einzelnen Falle zu bestimmen, ob die Voraussetzung vorhanden sei.

3. Der Gläubiger hat in Ermangelung rechtzeitiger Sicherung das Recht des Verkaufes und der vorzugsweisen Befriedigung aus dem Verkaufs-

erlöse. Doch gelten hier nicht die dem Gläubiger günstigeren Bestimmungen über die Realisirung des Faustpfandrechts, sondern es ist hier nothwendig, daß der Gläubiger durch ein gerichtliches Erkenntnis die Zahlungspflicht des Schuldners und sein Recht sich wegen seiner Forderungen aus den Retentionsgegenständen zu befriedigen, feststellen läßt. Es hat also hier die vom Gläubiger erhobene Klage die Natur einer Feststellungsklage. Dem Schuldner ist es hier gestattet, sich zu vertheidigen und Einreden jeder Art vorzubringen.

Über die Art des Verfahrens hat das H.-G.-B. nichts näheres bestimmt, so daß die Vorschriften der partikulären Proceßordnungen zur Anwendung kommen. Es kann demnach auch der Prozeß nach der Art und Größe der geltend gemachten Forderungen verschieden sein. Nur in einem Punkte hat das H.G.B. eine Abweichung von den gewöhnlichen prozessualen Grundsätzen angeordnet, indem es außer den übrigen Gerichtsständen des Schuldners auch das für den Gläubiger zuständige Gericht für kompetent erklärte.

Die Klage ist eine der Pfandklage nachgebildete, nur daß bei Streitigkeiten über die Forderung, ebensowohl über diese, wie über die sonstigen Voraussetzungen des Verkaufsrechtes entschieden werden muß.

Das Klagegesuch ist dahin gerichtet, daß der Schuldner sich den Verkauf der retinierten Objekte behufs Befriedigung des Gläubigers gefallen lassen müsse.

Zur Begründung desselben gehört einmal der Beweis sämmtlicher Voraussetzungen des Retentionsrechtes, sodann der geschehenen rechtzeitigen Benachrichtigung des Schuldners von der Ausübung des Retentionsrechtes.

Hat sodann der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil erstritten, so kann er im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung seine Befriedigung aus den Retentionsobjekten beantragen.

Hinsichtlich des Verkaufes kommen die partikulären Vorschriften über die Vollstreckung der Mobiliarexekution zur Anwendung. Bei der Verteilung des Erlöses hat der Retentionsgläubiger ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern des Schuldners und dieses Recht steht ihm auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber zu, nur muß der Retentionsberechtigte etwaige ältere oder privilegierte und durch seinen Besitzerwerb nicht schon an sich erloschene Pfandrechte ohne Rücksicht auf seine Kenntnis von denselben wider sich gelten lassen, soweit nicht nach Landesrecht der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" oder ein ähnlicher auch zu Gunsten des gesetzlichen Pfandgläubigers schlechthin durchgreift. — Soweit es demnach auf das Alter eines dem Gläubiger zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes ankommt datiert dasselbe von dem Augenblicke, in welchem die sämmtlichen Voraussetzungen des Retentionsrechtes vorlagen.

Die Erlöschung des Retentionsrechtes.

§ 13.

Als der naheliegendste und wohl auch am häufigsten vorkommende Fall der Erlöschung der Retention ist wohl hervorzuheben:

1. Die Erfüllung der Forderung, sei es, daß diese Befriedigung des Gläubigers enthält, wie Compensation, Confusion, sei es daß sie ohne solche die Forderung tilgt, wie z. B. Verjährung.

Diese beginnt zu laufen mit der Fälligkeit der Forderung und hebt diese vollständig auf, ohne etwa eine Naturalobligation übrig zu lassen und dadurch die Befriedigung für eine verjährte Forderung mittelst Ausübung des Retentionsrechtes zu ermöglichen, was im gemeinen Recht allerdings möglich ist, denn dort gilt der Satz „remanet propter pignus naturalis obligatio." Es dauert nämlich das Pfandrecht auch nach Verjährung der Forderung fort.

Hierin zeigt sich auch die schwächere Natur des Retentionsrechtes genüber dem Pfandrechte. Das Pfandrecht vermag die Forderung in sich selbst zu tragen, während das Retentionsrecht von der Existenz und von dem Bestehen der zu sichernden Forderung abhängt.

2. Weiterhin erlischt das Retentionsrecht durch Annahme anderer Sicherheit seitens des Gläubigers. Denn es würde Treu und Glauben im Verkehre widersprechen, wollte der Gläubiger, der die zur Befreiung der Retentionsobjekte gebotene hinreichende Sicherung angenommen hat, dennoch die in seiner Hand befindlichen Retentionsobjekte zu seiner Deckung verwenden, anstatt dieselben, wie es seine Pflicht wäre, zurückzuerstatten.

3. Ein wichtiger Erlöschungsgrund ist auch der Untergang des Retentionsgegenstandes, mag dieser durch Zufall oder durch Verschulden des Retinenten eingetreten sein.

4. Dem Untergang des Retentionsgegenstandes steht gleich der Verlust des Gewahrsams an den Retentionsobjekten.

Es macht hier keinen Unterschied, ob dieser Verlust auf dem Willen des Gläubigers beruht, oder gegen seinen Willen eingetreten ist. So wäre es insbesondere als ein Verzicht anzusehen, würde der Gläubiger dadurch, daß er die Waare dem Eigentümer hinausgibt oder die vom Schuldner mit der Waare getroffenen Verfügungen befolgt, den Gewahrsam aufgeben. Würde er den Gewahrsam später wieder erlangen, so würde nicht das frühere Retentionsrecht aufleben, sondern ein neues entstehen, jedoch nur, wenn die Voraussetzungen eines solchen vorhanden sind, also insbesondere, soferne dieser neue Erwerb auf Grund von Handelsgeschäften und mit Willen des Schuldners erfolgt ist.

Anders verhält es sich dagegen, wenn der Retinent durch Delikts- oder Kontraktsklage den ihm gegen seinen Willen entzogenen Gewahrsam der Sache wieder erlangt. Hier lebt das frühere Retentionsrecht wieder auf und es entscheidet lediglich der Zustand vor Verlust des früheren Gewahrsams.

5. Weiterhin erlischt das Retentionsrecht durch Confusion d. h. durch Vereinigung von Retentionsrecht und Eigentum.

Erwirbt nämlich der Retentionsgläubiger das Eigentum an den Retentionsobjekten, so bilden sie kein Mittel der Zwangsvollstreckung gegen den früheren Eigentümer mehr.

6. Endlich erlischt das Rententionsrecht infolge einer durchgeführten Anfechtung.

Was die Anfechtungsbestimmungen betrifft, so sind diese enthalten in der K.O. § 22 ff. und in dem als Ergänzung dazu dienenden R.-G. v. 21. VII. 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses.